

Aplicação subsidiária da Lei nº 13.105/2015 nas ações judiciais de execuções fiscais*

Giselle Carvalho Ramos Gonçalves**

Resumo

Este artigo visa refletir a respeito das possíveis implicações jurídicas da Lei nº 13.105/2015 sobre os procedimentos judiciais das ações judiciais de execução fiscal regidas pela Lei nº 6.830/80, além de analisar as principais mudanças no contexto dos procedimentos judiciais das referidas ações, tendo como aplicação subsidiária o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Realizou-se uma pesquisa bibliográfica considerando as contribuições de vários autores, entre eles cite-se Santos (2008), Theodoro Júnior (2015), Maia e Biar (2015), bem como consultas diretas aos textos legais e a conteúdo de decisões judiciais, seja de órgãos de primeira instância, seja de instâncias superiores, como foram os casos das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, e decisões de Tribunais de Justiça de instância inferior. Procurou-se demonstrar quais são as iniciais preocupações apresentadas pelos operadores de direito, sejam advogados, doutrinadores ou juízes, em relação ao tema proposto. Concluiu-se que, pelo fato de a Lei nº 13.105/2015 ainda não estar em vigor e trazer modificações extremas, há pouco conteúdo doutrinário sobre o tema, e as discussões não apresentam em si uma posição final de cada grupo de pensadores/doutrinadores/operadores do direito, pois existem autores que defendem uma aplicação integral dela a ações judiciais de execução fiscal regidas pela Lei nº 6.830/80, e outros que argumentam contra tal aplicação subsidiária. Há, por tais motivos, muitas suposições e disposição para adequar a referida lei à realidade do atual procedimento judicial aplicado às ações judiciais de execução fiscal, conforme os princípios tributários e processuais que as regem atualmente.

Palavras-chave: Lei nº 13.105/2015. Lei nº 6.830/80. Código de Processo Civil. Execução fiscal. Procedimento judicial.

Sumário: 1 Introdução. 2 A prescrição. 3 A exceção de pré-executividade nas execuções fiscais conforme a Lei nº 13.105/2015. 4 O incidente de desconconsideração de personalidade jurídica. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, foi publicada em 13 de março de 2015, com previsão de entrada em vigor a partir de um ano da sua publicação, conforme seu próprio art. 1.045: “Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial” (BRASIL, 2015). Trouxe novamente a discussão sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na área tributária, especialmente quanto às ações judiciais, como podemos ver na fala de vários autores e juristas:

O evento deste ano colocou em debate o impacto das mudanças do novo CPC, promulgado em 2015, sobre os processos judiciais que tratam de dívidas com a Fazenda Nacional.

Ao final do Fórum, os juízes federais aprovaram quinze enunciados sobre execuções fiscais à luz do novo CPC (ENFAM, 2015).

O entendimento da aplicação imediata, subsidiária e completa, seja qual for o Código de Processo Civil vigente, sempre foi uma questão não unânime, como podemos perceber na fala de Villas citado por Santos:

O argumento usado pelo advogado é que a alteração no CPC não vale para as execuções fiscais, que são regidas por outros princípios e lei, como a Lei de Execuções Fiscais (LEF). ‘A lei especial prevalece em relação à lei geral. Ou seja, a LEF e as determinações dessa norma são superiores às mudanças no CPC’, comenta o advogado Murillo Villas, do escritório Braga & Marafon. Ele explica que a LEF, entre outras coisas, determina que caberá ao Fisco cobrar judicialmente os débitos fiscais depois do fim do processo administrativo. ‘Não cabe cobrança extrajudicial de débitos fiscais’, diz Villas (VILLAS apud SANTOS, 2008) (grifei).

Entretanto, percebe-se superficialmente que a posição para a aplicação subsidiária é majoritária entre os doutrinadores e aplicadores do direito tributário. Como podemos ver a seguir, são vários autores a favor de tal aplicação:

Acredito, a priori, que, com o novo Código Processual, certamente não haverá grandes mudanças no que tange às defesas dos contribuintes ante as execuções fiscais; entretanto, certamente haverá maiores garantias processuais com o novo Código Processual que entrará em vigor no ano de 2016 (REIS, 2015) (grifei).

Superada a questão a respeito da possibilidade de aplicação do novo incidente no procedimento da execução fiscal, cumpre apontar que a inovação provocará o aumento de atos e incidentes processuais, o que, na prática, acabará por contribuir, para pior, com o congestionamento do Poder

* Artigo científico apresentado à Universidade Cândido Mendes - UCAM, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

** Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Ipatinga. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Biblioteconomia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Oficial Judiciário do TJMG.

Judiciário, que já tem a execução fiscal como sua maior vilã, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CARDOSO JÚNIOR, 2015) (grifei).

Em matéria processual, conforme o melhor entendimento dos doutos, privilégios e prerrogativas a determinados litigantes só se toleram como exceções, quando os exigir indiscutível interesse público ou social, como, por exemplo, se dá na ampliação de prazo para a defesa da Fazenda Pública, diante da notória dificuldade com que o advogado tem de lutar para obter, no aparelhamento burocrático, os elementos necessários à defesa do Poder Público (THEODORO JÚNIOR apud REIS, 2015) (grifei).

Por exemplo, o ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior, citado acima por Reis (2015), bem como Maia e Biar, 2015, referem-se às modificações ocorridas quanto aos prazos especiais do Ministério Público, Defensoria e Advocacia Pública. Nesse último caso, enquadra-se a Procuradoria Pública, que é a responsável legal para propor as execuções judiciais dos impostos devidos a cada ente da federação. Atualmente, os prazos referentes à Procuradoria se encontram no art. 188 do atual Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), o qual passa por substancial mudança a favor de tais entes, conforme os arts. 180, 183 e 186 da Lei nº 13.105/2015:

Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público (BRASIL, 1973) (grifei).

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal (BRASIL, 2015) (grifei).

O novo código continua a favorecer a advocacia pública prevendo, em seu favor, prazo em dobro para qualquer manifestação nos autos do processo, e não apenas para a interposição de recursos, como previa o código anterior (MAIA; BIAR, 2015) (grifei).

Ocorre que, se, por um lado, a questão da aplicação subsidiária é quase unânime; por outro, há também um entendimento majoritário de que o Código de Processo Civil aplicar-se-á às demandas judiciais normatizadas pela Lei nº 6.830/80, mas apenas em alguns casos bem específicos e em situações bem restritas.

Assim, continuaremos a discorrer, neste artigo, apenas sobre as inovações da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil, a entrar em vigor em março de 2016), em relação à Lei nº 5.869/73 (atual Código de Processo Civil em vigor), e que trará efeito direto ou indireto às ações judiciais de execuções fiscais normatizadas pela Lei. 6.830/80, pois em alguns casos não ocorreram apenas inovações/modificações, mas, inclusive, criação de institutos até então inexistentes, como podemos perceber na fala de Maia e Biar, 2015:

Uma outra relevantíssima inovação foi a criação do instituto da tutela da evidência, que vem a ser a possibilidade de obtenção de decisão liminar (na terminologia do novo código: uma decisão antecipatória) independente de a parte comprovar urgência ou risco de lesão imediata. Ou seja, quando o direito da parte for sólido, será possível obter uma decisão imediata independente de haver risco de prejuízo iminente (MAIA; BIAR, 2015) (grifei).

As reflexões apresentadas neste artigo¹ representam um recorte de algumas das principais ideias iniciadas e discutidas no ano de 2015, logo após a publicação da Lei nº 13.105/2015. Os operadores do direito Tributário, entre eles juízes e advogados, propuseram reflexões por vários meios, entre eles: publicação de artigos científicos e enunciados, bem como realização de fóruns de discussões e debates sobre o tema.

Assim, entre os principais institutos jurídicos do tema supramencionado e que mais preocupam os doutrinadores e operadores do direito tributário estão a prescrição, a exceção de pré-executividade e o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. É sobre tais institutos, dentro da sistemática processual das ações judiciais de execuções fiscais, que passamos a discorrer a seguir, na ordem supramencionada.

2 A prescrição

A prescrição já poderia, desde o Código de Processo Civil, com sua redação original de 1973, ser declarada, de ofício, pelo juiz. Ocorre que, até o ano de 2006, esse instituto não estava relacionado ao direito patrimonial:

Art. 219 [...]

[...]

§ 5º Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (BRASIL, 1973) (grifei).

Em 2006, ocorreu uma mudança nesse sentido, com a reforma do § 5º do art. 219 do referido Código, segundo o qual o juiz poderia decretá-la de ofício, mesmo nos casos de direito patrimonial, conforme redação dada pela Lei nº 11.280/2006: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006)” (BRASIL, 2006). Assim, ocorreu um alargamento no poder do magistrado, o que foi muito comentado e apreciado, como podemos observar na fala de Fabiano Afonso, magistrado da área tributária á época:

E isso porque, já com a redação do § 4º do art. 40 da Lei nº 8.630/80, dada pela Lei nº 11.051/04, já era lícito ao juiz, após ouvir a Fazenda Pública, decretar de imediato e de ofício a prescrição intercorrente, independentemente de alegação dos interessados. In casu, com o advento do § 5º ao art. 219 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280/06, desnecessária se tornou a prévia oitiva da Fazenda Pública para

¹ Nota da revisão: Este artigo foi elaborado antes da entrada em vigor do NCPC.

decretação da prescrição intercorrente de ofício pelo magistrado. Para tanto, basta a verificação de sua ocorrência, pouco importando se tratar de direitos patrimoniais ou não. Bastando para isso que o magistrado, *ipso facto*, declare a prescrição (AFONSO, 2007) (grifei).

Ocorreu, inclusive, em 28.10.2009, a publicação da Súmula 409 pelo Superior Tribunal de Justiça: “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)” (BRASIL, 2009).

Com a inovação ocorrida em 2006, assim como nos lembrou o referido magistrado Fabiano Afonso, os magistrados ganharam maior autonomia e responsabilidade quanto ao andamento processual dos autos que estavam sob a sua jurisdição. Principalmente quanto àqueles autos onde ocorria a chamada prescrição intercorrente, podendo o juiz declará-la de ofício, sem, necessariamente, ter o dever de ouvir previamente a parte exequente (Fazenda Pública).

Ocorre que novamente a lei processual alterou o seu posicionamento quanto ao poder do juiz de decretar tal instituto da prescrição, como podemos ver no parágrafo único dos arts. 487 e 921 do Código de Processo Civil, a entrar em vigor:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

[...]

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se (BRASIL, 2015) (grifei).

Art. 921. Suspende-se a execução:

[...]

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo (BRASIL, 2015) (grifei).

Então, ocorreu a retomada da discussão supra, na área fiscal, como se pode observar:

Não havendo análise de ofício pelo Juiz, acerca da prescrição e da decadência, quando do recebimento da petição inicial da ação de execução fiscal, cumpre ao executado alegá-la em exceção de pré-executividade, em embargos a execução (art. 16 da LEF e art. 917, I, do novo CPC), ou por meio de petição simples nos autos da ação de execução fiscal (art. 342, II, do novo CPC) (CARNEIRO, 2015) (grifei).

Os posicionamentos normativos trazidos pela Lei nº 13.105/2015, nos arts. 487 e 921, foram alvo de críticas negativas e positivas, por alguns dos operadores jurídicos na área de direito tributário, como se observa:

Mas nem tudo são flores! O novo código trouxe algumas mudanças prejudiciais aos contribuintes, à efetividade da justiça e à celeridade do processo.

A prescrição só pode ser decretada pelo juiz depois de as partes serem ouvidas. No regime atual, a prescrição pode ser decretada de ofício, independentemente de qualquer manifestação das partes (MAIA; BIAR, 2015) (grifei).

[...] prestigiou a não decisão surpresa, conforme § 5º, visto que estabelece que o ‘juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo’ (GUILHERME; BRESSAN, 2015).

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) exige a manifestação da parte sobre a prescrição e a decadência antes do juiz pronunciá-la, conforme disposto no artigo 10 e no parágrafo único do artigo 487. Deste modo, o juiz pode conhecer de ofício da prescrição e da decadência, sem necessidade de requerimento das partes, *entretanto deve ouvi-las antes de proferir sua decisão* (art. 337, § 5º e art. 342, inc. II) (CARNEIRO, 2015) (grifei).

Entretanto, quanto ao momento de se declarar a prescrição, se tornou algo mais restritivo ao magistrado e com procedimento mais demorado. Por outro lado, alguns autores lembram-nos que houve avanço no assunto prescrição, uma vez que, diferente do atual Código de Processo Civil, o Código que entrará em vigor fala expressamente do caso de prescrição intercorrente.

Até 2015, a prescrição intercorrente era apenas um instituto jurídico criado jurisprudencialmente, o que gerava alguns entraves para sua execução efetiva e linear por todos os magistrados. Por isso, os artigos 921 e 924 da Lei nº 13.105/2015 foram realmente comemorados. Vejamos o que declara, expressamente, a Lei nº 13.105/2015 sobre o tema e também Guilherme e Bressan, 2015:

Art. 921. Suspende-se a execução:

[...]

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

[...]

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

[...]

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

[...]

Art. 924. Extingue-se a execução quando:

[...]

V - ocorrer a prescrição intercorrente (BRASIL, 2015) (grifei).

De seu turno, nesse ambiente, o novo Código de Processo Civil trouxe novas regras, é o caso do artigo 921, inciso III, que determina a suspensão da execução quando o executado não possuir bens penhoráveis, estabelecendo que ‘o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição’ (§ 1º). [...]

Logo, o novo CPC inovou ao trazer o marco inicial para a contagem da prescrição intercorrente, nas hipóteses em que houver a suspensão do processo.

[...]

E mais, nos termos de seu artigo 924, V, estabeleceu expressamente que a execução se extinguirá quando ocorrer

a prescrição intercorrente, o que se aplicará até para as execuções em curso, quando da entrada em vigência do novo CPC, visto que legislação processual se aplica de imediato com sua vigência, tendo como marco inicial para a contagem do prazo exatamente a data de vigência do novo CPC, conforme regra de direito intertemporal do art. 1.056 (GUILHERME; BRESSAN, 2015).

Como demonstrado acima, as reflexões sobre a regulamentação da prescrição no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e sua aplicação subsidiária às ações judiciais de execução fiscal da Lei nº 6.830/80 estão apenas no seu início, como bem ficou expresso nos diálogos dos diversos autores apresentados, porém longe de uma posição única e definitiva. Por isso, finalizamos este tópico com a complexidade proposta por Carneiro (2015):

O que se consolidou no enunciado da Súmula nº 409 foi a possibilidade de indeferimento liminar da petição inicial do executivo fiscal pelo magistrado *ex officio*, por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 73, conforme autorização contida no artigo 1º da Lei nº 6.830/80. Que a exigência de manifestação prévia da Fazenda Pública, disposta no § 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, não impede que as disposições contidas no Código de Processo Civil referentes à improcedência liminar do pedido, em razão da verificação da prescrição, sejam aplicadas à ação de execução fiscal, por conter o referido artigo 40 regra específica para o reconhecimento da prescrição intercorrente. Caso o novo Código não contivesse norma com igual comando ao do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil de 73, seria necessária a revisão ou até mesmo o cancelamento da súmula em decorrência da modificação legislativa. Entretanto, não foi o que aconteceu, pois o artigo 332, § 1º, do novo Código de Processo Civil, possui comando igual ao do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil de 73, ao tratar da improcedência liminar do pedido diante da ocorrência da prescrição, que tem aplicação subsidiária nas execuções fiscais por força do art. 1º da Lei nº 6.830/80. Deste modo, o fato de os precedentes que serviram de diretriz para a formação da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº 409 terem como fundamento normativo o § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil de 73 não tem o condão de afastar a aplicação da referida súmula [...] (CARNEIRO, 2015).

3 A exceção de pré-executividade nas execuções fiscais conforme a Lei nº 13.105/2015

A exceção de pré-executividade é uma criação doutrinária e jurisprudencial, introduzida no cenário jurídico brasileiro por Pontes de Miranda. Por isso, não ocorre unanimidade quanto à nomenclatura do tema, conforme nos lembram Thiago Abreu Cerqueira, Fernanda da Silva Costa Cerqueira e Gisele Leite:

Pontes de Miranda em meados de 1966 inseriu no cenário processual civil brasileiro a exceção de pré-executividade, ao defender em seu parecer a defesa do executado sem a necessidade da garantia em juízo. A exceção de pré-executividade uma espécie de ação nobre, onde a discussão das matérias e nulidades processuais a credenciam como uma

peça vital ao prosseguimento do processo (CERQUEIRA, T. A.; CERQUEIRA, F. S., 2015) (grifei).

[1] Há uma discussão terminológica a respeito do instituto em comento, pois Dinamarco discorre: 'Chama-se objeção de pré-executividade a defesa apresentada pelo executado no processo de execução, sem o formalismo dos embargos, referentes à matéria que poderia ter sido objeto de pronunciamiento pelo juiz, de ofício. É um objeção, não uma exceção em sentido estrito, justamente porque esta depende sempre de alegação pela parte, e as objeções não: chamam-se objeções as defesas que o juiz pode e deve conhecer de ofício, embora tenham a parte a faculdade de formulá-las' (DINAMARCO *apud* LEITE, 2015).

Para explanação sobre o tema, delimita-se, então, que o instituto de exceção de pré-executividade é o meio pelo qual o executado pode discutir o pagamento de débitos ou opor-se a ele, sem que haja necessidade da garantia sobre o débito que está sendo executado, sendo que, na petição da exceção de pré-executividade, caberá serem pronunciadas questões que poderiam ser de ofício declaradas pelo juiz e aquelas não afetas aos embargos de execução, cuja comprovação não prescinde de procedimento dilatatório, por já existir prova inequívoca nos autos ou que seja apresentada e acompanhada da petição da exceção.

Para reforçar alguns elementos inseridos na definição supra, vejamos a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça, que reforça o conceito de Pontes de Miranda, um dos juristas pioneiros a lidar com o tema, como já observamos: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (BRASIL, 2013).

A sobrevivência do instituto da exceção de pré-executividade foi discutida em 2006, com as reformas trazidas pela Lei nº 11.382/2006, conforme nos lembrou Leite (2015):

Desde o advento da Lei nº 11.382/2006, não há mais razão para subsistir no sistema processual brasileiro o referido instituto, em face da alteração feita no caput do art. 736 e no revogado art. 737 do CPC/73, de modo a permitir ao executado o ingresso de embargos independentemente de penhora, depósito ou caução. [...]

A doutrina não é unânime quanto ao fato de a Lei nº 11.382/2006 ter extinto a exceção de pré-executividade [2]. E, a esse respeito Luiz Fux se pronunciou, com a observação de não ser apenas inútil a sua preservação, mas também nitidamente ilegal a continuidade de sua utilização, in litteris (LEITE, 2015) (grifei).

Embora seja um instrumento criado pela doutrina e jurisprudência, a exceção de pré-executividade é largamente utilizada nos casos das execuções fiscais, porque, diversamente do que já ocorreu no direito processual civil em 2006, até a presente data, nos casos das execuções fiscais, subordinadas à Lei nº 6.830/80, para se aceitar os embargos a execução, tem que ocorrer necessariamente a garantia da execução.

Por tal motivo, faz-se importante a explanação sobre como é tratado esse tema na Lei nº 13.105/2015, e que possíveis implicações os operadores do direito tributário, especialmente, têm percebido na sua aplicação à ação judicial fiscal. Verifiquemos o § 1º do art. 16 da Lei nº 6.830/80:

Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

[...]

§ 1º Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução (BRASIL, 1980) (grifei).

Sobre esse tema, vejamos o que Reis (2015) diz:

Neste sentido, embora o *Código Processual* ainda em vigor tivera inúmeras reformas ampliando os mecanismos de defesa dos contribuintes, calcado nos princípios do devido processo legal, duplo grau de jurisdição, segurança jurídica, dentre outros princípios constitucionais expressos, não restam dúvidas de que o executado fiscal/contribuinte possui seu direito constitucional de defesa restrito a poucos meios de defesa e impugnações, a exemplo dos Embargos à Execução Fiscal, objeto deste estudo, *Exceção de Pré-executividade* (criado pela doutrina e jurisprudência) e outros meios de impugnação previstos no atual ordenamento processual civil em vigor, o que a doutrina denominou de processualismo (REIS, 2015) (grifei).

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) silenciou-se, como o de 1973, sobre a expressão exceção de pré-executividade, porém já há autores que falam da manutenção do instituto, mesmo após a futura vigência da nova lei processual. Assim coloca Ramon Estencial:

O novo Código de Processo Civil, que vigorará a partir de março de 2016, manteve os dispositivos do Código vigente, não prevendo a exceção de pré-executividade dentre os meios de impugnação oferecidos ao executado para discussão de matérias pertinentes ao processo de execução. Todavia, há dispositivos da nova lei processual que permitem de forma indireta a manutenção da aceitação desta via impugnatória (ESTANCIAL, 2015).

Juristas do Senado também defendem a manutenção do instituto após a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, apontando, inclusive, artigos da mencionada norma que poderão ser utilizados para sua interposição nos tribunais de justiça. Vejamos o entendimento do eminente jurista José Miguel Garcia Medina em uma entrevista dada sobre o tema ao jornalista Antônio Rodrigues de Lemos Augusto:

FESMP-MT – Uma medida processual comum, mas não prevista na norma, é a Exceção de Pré-executividade. O novo CPC trata da Exceção de Pré-executividade?

José Miguel Garcia Medina – Sim, mas não com este nome. Na verdade, a medida aparece em diferentes momentos. No artigo 525, § 11, quando trata da execução de título judicial, realçando que a arguição pode ser por ‘simples petição’. Também no artigo 803, parágrafo único, que aborda a execução de título extrajudicial, determinando que as

nulidades ali listadas podem ser decididas por requerimento das partes, independentemente de embargos à execução. E, ainda, no artigo 917, § 1º, pelo qual a incorreção da penhora ou da avaliação pode ser impugnada por simples petição. O conteúdo dessas normas corresponde ao entendimento doutrinário e jurisprudencial afim à Exceção de Pré-executividade (MEDINA apud AUGUSTO, 2015) (grifei).

O citado art. 803 da Lei nº 13.105/2015 também foi lembrado por Ramon Estencial, como fundamento para a exceção. Vejamos a argumentação e a a norma:

É o caso, por exemplo, do art. 803 do NCPC, que trata das hipóteses de execução eivada de vícios graves, que permite ao executado o apontamento de tais vícios por simples petição direcionada ao Juiz competente para que este reconheça matéria de ordem pública capaz de obstar o processamento da execução. Nesse caso, é inteligível que esta ‘simples petição’ seja a exceção de pré-executividade (ESTANCIAL, 2015) (grifei).

Art. 803. É nula a execução se:

- I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;
- II - o executado não for regularmente citado;
- III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução (BRASIL, 2015) (grifei).

Assim, podemos vislumbrar que há uma forte tendência de o instituto da exceção da pré-executividade não só permanecer após a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, como acentuar as suas bases de sustentação, como alguns pré-requisitos para seu cabimento, como é o caso da existência da prova inequívoca, bem como seu aprimoramento nas hipóteses de cabimento. Finalizemos este tópico, citando a ementa de um julgamento ocorrido após a publicação da referida lei, com o voto do Ministro Sérgio Kukina, em 26.05.2015, nos autos do Processo AgRg no AREsp 676651-PE, 2015/0053473-1:

STJ - Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 676651-PE, 2015/0053473-1 (STJ) – data de publicação: 10.06.2015. Tributário. Processual civil. Agravo em recurso especial. Agravo regimental. Arts. 174 do CTN e 267 do CPC. Ausência de prequestionamento. Óbice da Súmula 282/STF. Exceção de pré-executividade. Impossibilidade diante da necessidade de dilação probatória. Entendimento do tribunal de origem que não é passível de revisão (BRASIL, 2015).

4 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica

A Lei nº 13.105/2015, também denominada de “Novo Código de Processo Civil” pelos doutrinadores e atuantes na área jurídica, uma vez que tal norma só entrará em vigor no ano de 2016, em seus arts. 133 a 137, inovou na questão da desconsideração da

personalidade jurídica, porque criou o denominado “do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, no qual trouxe a possibilidade de defesa pela pessoa à qual é redirecionada à execução judicial antes mesmo da ocorrência da constrição judicial de bens do seu patrimônio, como podemos perceber na transcrição de alguns daqueles dispositivos:

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial [...].

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente (BRASIL, 2015) (grifei).

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa em face dos sócios é largamente utilizado no direito tributário, principalmente nas execuções fiscais propostas pelas Fazendas Públicas em face dos devedores de impostos. Especialmente quando não há êxito em se penhorar bens da pessoa jurídica suficientes para cobrir os débitos tributários, executados judicialmente por esse tipo de ação.

Assim, pelo fato de o instituto da desconsideração da personalidade fazer parte da dinâmica judiciária tributária, alguns operadores do direito já se manifestaram a respeito da aplicação do incidente, inovação do novo Código de Processo Civil, às execuções fiscais, regidas pela Lei nº 6.830/80, como bem nos lembra Cardoso Júnior (2015):

Pelo novo regime, a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo (o que já vem ocorrendo na vigência do CPC de 1973), mas será precedida por procedimento que conferirá, ao sócio, a oportunidade de exercer o direito de defesa e do contraditório. E isso, em geral, não vem ocorrendo na vigência do CPC de 1973.

Aspecto relevante consiste em se saber se o novo regime será aplicado no âmbito do procedimento das execuções fiscais, ou seja, se o incidente deve preceder ou não ao famoso redirecionamento. Dois argumentos podem ser suscitados para afastar a aplicação. Primeiro, poderia se cogitar que a hipótese de responsabilidade tributária prevista no Código Tributário Nacional, que é pressuposto para o redirecionamento, difere da desconsideração que trata a legislação civil (Código Civil – artigo 50) e do Consumidor (CDC – artigo 28). O segundo argumento, que, na verdade, poderia reforçar o primeiro, teria alicerce no artigo 1º da Lei nº 6.830/80. O dispositivo prescreve que ‘a execução fiscal [...] será regida subsidiariamente pelo Código de Processo Civil’. Os dois argumentos, no entanto, são improcedentes (CARDOSO JÚNIOR, 2015) (grifei).

Também foi criado um procedimento específico para as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica

do devedor. Para que sócios, diretores, gerentes etc. sejam responsabilizados no lugar da pessoa jurídica, além das regras gerais do Código Tributário Nacional, novas regras deverão ser observadas (MAIA; BIAR, 2015) (grifei).

A Lei nº 6.830/80 é clara quanto à aplicação também das normas cíveis e processuais cíveis em seus procedimentos, como verificamos no seu artigo 4º, §§ 2º e 3º. Porém, não traz a possibilidade de defesa logo após, sobre quem recai a dívida devido ao redirecionamento ocorrido na desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 4º A execução fiscal poderá ser promovida contra:

[...]

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI - os sucessores a qualquer título.

[...]

§ 2º À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

§ 3º Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida (BRASIL, 1980) (grifei).

A Lei nº 6.830/80 não expõe claramente a suspensão. Por tal motivo, o debate e a reflexão sobre a aplicação inteira “do incidente de desconsideração da personalidade jurídica” da Lei nº 13.105/2015, na ação judiciária da execução fiscal, é tão importante como reforço da segurança jurídica, como nos lembra Cardoso Júnior:

Se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC pode ser considerado um avanço, no que diz respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o mesmo, talvez, não possa ser dito com relação a sua contribuição para promessa constitucional de duração razoável do processo (CF – artigo 5º, LXXVIII). A expectativa é que o novo CPC possa contribuir para que o trânsito seja mais seguro, mais dialético e com velocidade razoável (CARDOSO JÚNIOR, 2015) (grifei).

O incidente é mais um mecanismo de defesa para o devedor, que, no caso da execução fiscal, tem escassas possibilidades, como os embargos e a exceção de pré-executividade. O primeiro é mais complexo e exige muito mais do devedor, pois só é admitido após a garantia da execução, conforme o § 1º do art. 16 da Lei nº 6.830/80. O segundo tipo de defesa possui cabimento reduzido de admissibilidade.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira (ENFAM), após o Seminário O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil, com a aprovação do Enunciado nº 53, deixa clara a sua posição quanto à não aplicação nas execuções fiscais do procedimento exigido no novo Código de Processo Civil, em relação

à desconsideração da personalidade jurídica: “O *redirecionamento da execução fiscal* para o sócio-gerente *prescinde* do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015 (ENFAM, 2015) (grifei).

Nota-se que tal inovação não vem sendo vista de forma positiva e aplicável por todos os operadores do direito tributário. Assim, por ser um instituto jurídico novo, é bem provável que as discussões continuem e se acentuem com o início da entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015 e a sua aplicação cotidiana.

5 Conclusão

Percebe-se que o direito tributário, devido a sua necessidade de viabilizar para a sociedade um direito atual e efetivo, tem buscado acompanhar o desenvolvimento dos outros ramos do direito. Assim, cada vez mais tem se deixado complementar por outras normas de direito que não necessariamente estejam exclusivamente ligadas à área tributária.

Dessa forma, tal complementaridade já vem ocorrendo ao longo dos anos entre a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), que disciplina as ações de execução fiscal e as leis processuais vigentes em cada época. Percebe-se que, no caso do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entrará em vigor, não será tão diferente do que vem acontecendo.

Com as reflexões dos autores supra, nota-se que as execuções fiscais terão em alguns aspectos modificações nos seus procedimentos judiciais advindas ora pelas inovações trazidas expressamente pela citada lei processual, ora pelas omissões também ocorridas na mesma lei.

Verificamos efetivamente que não há uma construção de posicionamentos completamente unânimes, no que tange a qualquer dos temas abordados, como o caso da prescrição intercorrente e o momento ideal em que o magistrado deve declará-la de ofício.

Quanto à exceção de pré-executividade, aparentemente quase se tem um posicionamento unânime quanto a sua permanência no mundo jurídico, já agora com um fortalecimento dos seus elementos estruturais, como é o caso da necessidade da existência da prova inequívoca.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, neste primeiro momento, por trazer ao executado uma nova oportunidade de se defender sem ter a constrição dos seus bens, mostrou-se uma das inovações mais comemoradas entres os operadores do direito tributário que atuam em defesa do contribuinte, tendo fortes oposições quanto àqueles operadores que estão do lado contrário, que levam como argumento de suas insatisfações a possibilidade de haver morosidade na prestação jurisdicional.

A Lei nº 6.830/80, verdadeiramente, não teve em si o seu texto avariado ou derogado com a publicação da Lei nº 13.105/2015. A jurisdição pretendida, quando

da propositura das ações judiciais de execução fiscal, passa a ter novos instrumentos procedimentais para o seu aperfeiçoamento, principalmente no que diz respeito aos processos de execuções fiscais. Em nenhum momento, ocorreu expressamente a derrogação dos institutos da Lei nº 6.830/80 por quaisquer dos artigos da citada lei, mas sim um aumento das possibilidades entre os procedimentos judiciais, de recursos dados à parte executada de se defender, a partir da citada lei processual. Bem como a parte exequente, Fazenda Pública, que teve aumento nos seus prazos.

Atualmente o que se busca dentro de todo o sistema judiciário e na aplicação da sua jurisdição é a legalidade de todos os atos não apenas das partes litigantes, mas inclusive dos magistrados. Estes últimos têm buscado devolver à sociedade o máximo de segurança jurídica em suas ações, substituindo destas, cada vez mais, o caráter de pessoalidade pelo respeito à sua competência estrita e legal. O contexto tributário é moldado pelos princípios processuais e materiais de outros ramos do direito que também se aplicam a ele, como é o caso da segurança jurídica nas suas decisões.

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, de modo geral, está sendo visto pela maioria dos doutrinadores tributários como benéfico aos fins dos procedimentos judiciais das execuções fiscais, por vários motivos, entre eles: o da segurança jurídica e uma melhor paridade entre os meios de defesa do contribuinte-executado, como é o caso da literalidade da expressão prescrição intercorrente e o seu marco inicial, bem como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a própria exceção de pré-executividade, frente a algumas prerrogativas, já antigas, da Fazenda Pública, como é o caso da contagem do prazo em dobro (agora extensíveis a todos os atos, e não a alguns específicos, como era no Código de Processo Civil de 1973), da carga pessoal e da obrigatoriedade de reexame necessário em alguns casos em que ao pedido é negado provimento.

As execuções fiscais encontram-se, talvez, no seu melhor momento, enquanto adequação dos princípios de efetividade e de segurança jurídica ao da celeridade processual. No nosso caso, o Estado busca o adimplemento completo do seu crédito, mas, em tal busca, não se poderia deixar passar despercebidos alguns privilégios, que chegavam a concretizar, em alguns casos, uma injustiça jurídica, como seriam os casos das prescrições intercorrentes não declaradas ou com seu marco de contagem inicial duvidoso, bem como uma desconsideração da personalidade jurídica muito onerosa para a parte executada, que já está, via de regra, em um momento sensível da sua vida econômica, quando ocorrem os casos de execução fiscal judicial, e passa a ter restringido o seu patrimônio de maneira abrupta, o que não ocorrerá mais com a entrada em vigor da novel Lei nº 13.105/2015.

Percebe-se que nem tudo será tão célere como é hoje, mas há princípios que devem se justapor a outros, sob pena de simplesmente deixarem de existir pelo seu desuso, como é o caso do princípio da segurança jurídica.

As inovações processuais advindas direta e indiretamente pela Lei nº 13.105/2015 sobre execução e os novos recursos judiciais dão às execuções fiscais um novo status de jurisdição cumprida e efetivada, dentro de uma segurança jurídica mediana, que há muito o Estado, enquanto exequente, e a sociedade, no caso das execuções fiscais, como parte executada, sem privilégios, rogava a elas.

Referências

AFONSO, Fabiano. *Sentenças: Execução fiscal: Prescrição intercorrente: Extinção do feito - II*. 2007. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/sentenca.asp?pagina=3&idarea=14&idmodelo=24610>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001, e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 2 out. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5925.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_

[ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 393*. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 409*. Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula409.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2016.

CARDOSO JÚNIOR, Claudio Lopes. *Regra do novo CPC em execução fiscal contribui para congestionamento do Judiciário*. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/regra-do-novo-cpc-em-execucao-fiscal-contribui-para-congestionamento-do-judiciario>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

CARNEIRO, Raphael Funchal. *A súmula de jurisprudência nº 409 do STJ e o novo CPC*. 2015. Disponível em: <<http://raphaelfunchalcarneiro.jusbrasil.com.br/artigos/199428497/a-sumula-de-jurisprudencia-n-409-do-stj-e-o-novo-cpc>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

CERQUEIRA, Thiago Abreu; CERQUEIRA, Fernanda da Silva Costa. 2015. *Exceção de pré-executividade no ordenamento pátrio*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35755/excecao-de-pre-executividade-no-ordenamento-patrio>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel *apud* LEITE, Gisele. *A exceção de pré-executividade e o novo CPC*. 2015. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/colunas/novo-cpc-por-gisele-leite/331520-a-excecao-de-pre-executividade-e-o-novo-cpc>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

EFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira. *Fórum divulga enunciados referentes ao impacto do novo CPC sobre execução fiscal*. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/10/forum-divulga-enunciados->

-referentes-ao-impacto-do-novo-cpc-sobre-execucao-fiscal/>. Acesso em: 10 jan. 2016.

ESTANCIAL, Ramon. *A exceção de pré-executividade e o NCPC*. 2015. Disponível em: <<http://www.megaJuridico.com/a-excecao-de-pre-executividade-e-o-ncpc/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida; BRESSAN, Gabriel Barreira. *Novo CPC inova ao estipular início da contagem da prescrição intercorrente*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/cpc-estipula-incicio-contagem-prescricao-intercorrente>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

KUKINA, Sérgio *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Tributário. Processual Civil. Agravo em recurso especial. Agravo regimental. Arts. 174 do CTN e 267 do CPC. Ausência de prequestionamento. Óbice da Súmula 282/STF. Exceção de pré-executividade. Impossibilidade diante da necessidade de dilação probatória. Entendimento do tribunal de origem que não é passível de revisão. Súmula 7/STJ. Agrg. no Aresp 676651-PE, 2015/0053473-1. Relator: Ministro Sérgio Kukina, 26.05.2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.Com.Br/Jurisprudencia/197529089/Agravo-Regimental-No-Agravo-Em-Recurso-Especial-Agrg-No-Aresp-676651-Pe-2015-0053473-1>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

LEITE, Gisele. *A exceção de pré-executividade e o novo CPC*. 2015. Disponível em: <[http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/colunas/novo-cpc-por-](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/colunas/novo-cpc-por-gisele-leite/331520-a-excecao-de-pre-executividade-e-o-novo-cpc)

[gisele-leite/331520-a-excecao-de-pre-executividade-e-o-novo-cpc](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/colunas/novo-cpc-por-gisele-leite/331520-a-excecao-de-pre-executividade-e-o-novo-cpc)>. Acesso em: 3 jan. 2016.

MAIA, João Agripino; BIAR, Emmanuel. *O novo CPC e as disputas tributárias*. 2015. Disponível em: <<http://alfonsin.com.br/o-novo-cpc-e-as-disputas-tributarias/>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia *apud* AUGUSTO, Antônio Rodrigues de Lemos. 2015. Entrevista: *A análise do novo CPC por um membro da Comissão de Juristas do Senado*. 2015. Disponível em: <<http://balaiocritico.blogspot.com.br/2015/04/entrevista-analise-do-novo-cpc-por-um.html>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

REIS, Felipe Amorim. *Os reflexos do novo Código de Processo Civil nos embargos à execução fiscal*. 2015. Disponível em: <<http://oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=253>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* REIS, Felipe Amorim. *Os reflexos do novo Código de Processo Civil nos embargos à execução fiscal*. 2015. Disponível em: <<http://oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=253>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

VILLAS, Murillo *apud* SANTOS, Gilmar. *Execução fiscal só com o fim do processo*. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/495895/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

...